

La disciplina delle vicende traslative dell'azienda

Ristrutturazione di grandi imprese in crisi

Antonio Caiafa - Avvocato, Docente di Diritto fallimentare Università LUM "Jean Mannel", Bari

Dopo anni di indiscusso, consolidato e grave squilibrio economico-finanziario, in conseguenza di una analisi dei conti che ha consentito alla nostra "Compagnia di bandiera" di accertare le condizioni di ostacolo alla prosecuzione dell'attività di impresa e, in particolare, di prendere atto di una situazione di impotenza strutturale, non soltanto transitoria, in relazione al possibile soddisfacimento con mezzi normali delle obbligazioni assunte, per effetto del venir meno della liquidità e del credito indispensabile a tal fine, il Governo, con il D.L. 28 agosto 2008, n. 134, in ragione della ritenuta «... importanza che i servizi forniti dalle società operanti nei settori dei servizi pubblici essenziali non subiscano interruzioni» ha, opportunamente, per quel che diremo, nei limiti di una prima disamina del provvedimento emanato, ampliato la operatività del D.L. 23 dicembre 2003, n. 347 - convertito con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39 - alla ristrutturazione delle grandi imprese afflitte, non solo, da crisi finanziaria, «... ma anche di tipo industriale», ed ha individuato, per quelle operanti nei settori dei servizi pubblici essenziali, una specifica disciplina nell'intento di garantire la continuità nella prestazione dei servizi medesimi.

Dimostra il Legislatore, con le modifiche apportate al precedente provvedimento normativo, contenente anch'esso misure urgenti, ma limitate alla ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza, di privilegiare, ancora una volta, l'utilizzo della diversa espressione "crisi",

di cui ha mostrato di voler dare una definizione ontologica, laddove, attraverso l'art. 36 del D.L. 30 dicembre 2005, n. 273 - convertito con modificazioni dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51 - ha integrato l'art. 160 del D.L. 14 marzo 2005, n. 35 - convertito dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 - in tema di concordato preventivo, per l'appunto, chiarendo doversi intendere per crisi «... anche lo stato di insolvenza».

Ebbene, quella puntualizzazione, seppur discutibile, attesa la impossibilità di offrire una definizione ontologica della "crisi", è apparsa corretta e, comunque, resa necessaria dall'aver inteso individuare la legge di riforma delle procedure concorsuali il concordato preventivo quale procedura di crisi in sostituzione della, poi abrogata, amministrazione controllata, attraverso la eliminazione dell'insolvenza quale presupposto per l'ammissione alla procedura, come, d'altronde, disponeva il regio decreto del 16 marzo 1942, n. 267.

Quella procedura minore costituisce, infatti, una alternativa alla cessazione dell'attività delle imprese in situazioni di squilibrio economico-finanziario, mediante la previsione di interventi in grado di favorire il processo di riconversione di esse, attraverso la **riorganizzazione**, che tende a realizzare con la **ristrutturazione**, non solo, da un punto di vista funzionale, ma anche della debitoria pregressa, nella dichiarata intenzione di risolvere un siffatto delicato problema al di fuori del c.d. "assistenzialismo di mercato".

L'intervento legislativo, in termini di chiarimento (1), è apparso, tuttavia, indispensabile,

attesa la necessità di poter considerare possibile l'ammissione alla procedura anche dei debitori che non versassero in una situazione di crisi ma fossero insolventi, avendo ritenuto, correttamente, alcuni giudici, la **crisi**, una condizione solo eventualmente, coincidente con lo **stato di dissesto**, atteso che la prima integra, piuttosto, una situazione di difficoltà finanziaria, non necessariamente prodromica alla insolvenza. L'operata scelta di abbandonare la lodevole iniziativa di ritenere riservate le misure urgenti alla ristrutturazione delle grandi imprese in stato di insolvenza - così si esprime, d'altronde, il D.L. 23 dicembre 2003, n. 347 (2), convertito, con mo-

Note:

(1) In particolare, sul presupposto oggettivo della crisi, quale variante economica dell'insolvenza o mera difficoltà di adempiere, dichiarata dal debitore e, comunque, reversibile, prima del chiarimento apportato dal legislatore con l'art. 36 del D.L. n. 273/2005, si vedano i contributi di Ferro, *Sub art. 160 L.F., in Legge fall., cit.*, 1171; Schiavon, *La nuova disciplina del concordato preventivo in seguito al decreto legge n. 35 del 2005*, in *Dir. fallim.* 2005, I, 821; De Crescenzo-Panzani, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005, 24; Romano-Favino, *Individuazione della crisi d'impresa e profili di informativa economica nel nuovo concordato preventivo*, in *Il fallimento*, 2006, 985; Bozza, *Le condizioni soggettive ed oggettive del concordato*, *ivi*, 2005, 954; Pacchi, *I presupposti del nuovo concordato preventivo*, in *Il nuovo concordato preventivo*, a cura dello stesso Autore, Milano, 2005, 23; Panzani, *Soggetti e presupposto oggettivo*, in *Il fallimento*, 2006, 1016; Galletti, *Sub art. 160 l.f., in Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di Jorio, coordinato da Fagiani, II, 2275; Caiafa, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. prat. lav.*, 2005, III, inserto, con particolare riferimento alla possibilità di applicare la normativa in tema di integrazione salariale concorsuale al nuovo concordato, richiedendo l'art. 3 della legge n. 223/1991 il diverso presupposto della insolvenza.

(2) Manente, *Il "decreto Parmalat": appunti per una prima lettura*, in *Il fallimento*, 2004, I, 37; Mon-

(segue)

Approfondimenti

dificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39, sul quale si innesta, indiscutibilmente, quello in commento - e di estenderne l'applicazione a quelle ritenute in "crisi" - ma, invero, insolventi - confinandoli i precedenti poteri riconosciuti al tribunale di assumere, contestualmente, i provvedimenti di cui all'art. 8, comma primo, lettere a), d) ed e) del D.Lgs. n. 270/1999, o in alternativa, di pronunciare, in assenza degli indicati presupposti, legittimanti l'ammissione alla procedura la cessazione degli effetti del decreto ammissivo, costituisce un primo evidente grave errore. L'opzione in favore, difatti, della espressione "crisi", in luogo dello, invece, indispensabile "stato di insolvenza", dimostra l'utilizzo inconsapevole della stessa, reso ancor più evidente dalla circostanza che l'impresa non può che perseguire la propria sopravvivenza economica, nel tempo, attraverso la realizzazione ed il necessario mantenimento di alcune condizioni indispensabili, quali l'equilibrio economico, inteso come capacità della gestione e di remunerare i diversi fattori produttivi impiegati, compreso il capitale, in qualsiasi forma di acquisizione, che, nel caso di quella per la quale le disposizioni urgenti sono state emanate, risulta da tempo compromesso seriamente come attestano gli interventi governativi (3), da un lato, ed i risultati recessivi dall'altro, che trovano una ulteriore conferma nella dichiarata perdita giornaliera. Il fine istituzionale dell'impresa non può che essere rappresentato dalla realizzazione di ricchezza mediante lo svolgimento dell'attività che essa persegue e l'obiettivo non può non identificarsi nella necessità che il valore complessivo finale sia superiore a quello dei fattori impiegati e richiesti dal mercato e sia tale, pertanto, da consentire la realizzazione di un margine economico, inteso come differenza positiva tra ricavi e costi. La gestione dell'impresa è, di-

fatti, in equilibrio qualora le sue prospettive di continuità e di funzionamento trovino riscontro nel contesto del mercato sotto tre profili, tutti rilevanti: economico, finanziario e patrimoniale (4). Il ritorno al "passato", reso evidente dalla stessa intitolazione del provvedimento normativo, dimostra, dunque, che il Legislatore è davvero convinto della circostanza che l'impresa, anche quando opera per lungo tempo in condizioni di squilibrio e non è in grado quindi di recuperare la situazione di congiuntura negativa e finisce, inevitabilmente, per realizzare perdite che ne compromettono seriamente le sue condizioni finanziarie e la pongono, per effetto dell'accumularsi e di un accentuarsi degli squilibri, in una situazione di insolvenza, versa, tuttavia, in stato di crisi (5). Al contrario, le carenze di programmazione, la rigidità della domanda, il decadimento dei servizi, inizialmente, e quindi, successivamente, le perdite economiche da tale situazione determinate, nel momento in cui vengono ad indebolire l'impresa sul piano finanziario, ne minano la stessa vitalità, tanto che questa passa rapidamente dall'originario stadio di crisi a quello della insolvenza e del dissesto. È chiaro, dunque, che sussistendo le condizioni ora descritte, l'impresa è destinata alla sua dissoluzione, che può essere evitata nella sola ipotesi in cui venga perseguito l'obiettivo di ricerca di altre condizioni di equilibrio in un diverso contesto economico - istituzionale, o anche straordinario, mediante la prosecuzione dell'esercizio attraverso la cessione, come appunto il decreto ha inteso disporre. La conservazione dell'impresa, tuttavia, come tenterò di dimostrare, è giusto avvenga senza riversare sulla collettività conseguenze negative maggiori dei vantaggi connessi alla continuazione e, comunque, nel rispetto delle norme comunitarie e dei principi costituzionali che, indiscutibilmente,

il "neonato" decreto sembra aver totalmente ignorato.

Le novità

Il provvedimento è, innanzitutto, espressione del prepotente ritorno al sistema della decretazione di urgenza che, in materia concorsuale, è ormai diventata la regola, e

Note:

(continua nota 2)

tanari, *L'amministrazione straordinaria delle "grandissime" imprese in stato di insolvenza (c.d. legge Marzano): profili problematici del procedimento di apertura e dei relativi effetti*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 293; Bonfatti-Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, 389. Cipolletta, *I rischi delle legge su misura*, in *Il Sole 24 Ore*, del 3 gennaio 2004, 2, 8; Caiafa, *La legge fallimentare riformata e corretta (dalla legge 12 maggio 2005, n. 80 al D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169)*, Padova, 2008, 832.

(3) Si veda al riguardo il precedente D.L. 23 aprile 2008, n. 80 convertito, con modificazioni, dall'art. 1, primo comma, legge 23 giugno 2008, n. 111, contenente misure urgenti volte ad assicurare il pubblico servizio di trasporto aereo, con il quale, allo scopo di agevolare la continuazione dell'attività di impresa, è stata concessa una temporanea esenzione della revocatoria relativamente ai pagamenti eseguiti nei confronti dei fornitori, con commento di Galletti, *Decretazione d'urgenza ed esenzione «temporanea» da revocatoria*, in *Il fallimento*, 2008, 859.

(4) Guatri, *Trattato sulla valutazione delle aziende*, Milano, 1999, 447, *Id.*, *Crisi e risanamento dell'impresa*, Milano, 1986, 39; Bisacchi, *Delle crisi di impresa e delle procedure fallimentari*, in *Riv. dott. comm.*, 1995, 305; Belcredi, *Le ristrutturazioni stragiudiziali delle aziende in crisi in Italia nei primi anni 90*, Milano, 1996, 13; Capaldo, *Crisi di impresa e suo risanamento*, in *Scritti sparsi*, Milano, 1995, 197; Caiafa, *Vicende circolatorie dell'azienda nella procedure concorsuali*, Padova, 2001, 17 e segg. sulla distinzione, in particolare, delle categorie tipologiche nella crisi di impresa.

(5) Fiale, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, IV edizione, Napoli, 2006, 848, per una analisi delle differenti situazioni di crisi ed individuazione delle possibili molteplici cause, interne allo stesso organismo imprenditoriale, ovvero esterne ma molto spesso ritenute irrilevanti ai fini della ammissione alla procedura, pur se in grado di incidere sulla stessa possibilità dell'impresa di sopravvivere; Costagliola-Di Majo, *La riforma del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Napoli, 2006, 248, ove operato il raffronto tra vecchia e nuova struttura, nell'evidenziare i significativi cambiamenti apportati, al riguardo, dalla riforma, viene sottolineata l'assenza di una definizione normativa dello stato di crisi e la inadeguatezza, in particolare dell'intervento chiarificatore attuato dal legislatore con il D.L. n. 273/2005.

che, seppur può apparire giustificata dalla preoccupazione del grave pregiudizio che può derivare all'economia nazionale dalla situazione di dissesto di una grande impresa, per le stesse ripercussioni sull'ordine pubblico, oggi non desta più stupore, sol che si consideri che il sistema delle procedure concorsuali ha visto modificare la sua configurazione attraverso una variegata serie di misure che, finalizzate al rilancio della pretesa compromessa "competitività", è avvenuto con lo strumento del decreto legge (14 marzo 2005, n. 35), attraverso il quale, nell'ambito delle disposizioni urgenti stabilite nel piano di azione dello sviluppo economico, sociale e territoriale, è stata, con l'art. 2, primo e secondo comma, attuata una prima rivisitazione del sistema normativo previgente con l'introduzione delle modifiche che hanno riguardato la disciplina dell'azione revocatoria, con l'introduzione della dimidiazione dei termini e la previsione delle esenzioni significativamente ampliate, nonché del concordato preventivo, con la introduzione del diverso istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

La successiva delega, contenuta nella legge di conversione del 14 maggio 2005, n. 80 (art. 2, comma quinto e sesto), per l'attuazione della riforma organica delle procedure concorsuali, poi attuata con il D.Lgs. 16 gennaio 2006, n. 5 e, infine, integrata e corretta con il D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, è apparsa essere rimedio poco convincente. Nonostante ciò, ancora una volta, si è ritenuto opportuno delineare, nell'ambito di un disegno di legge delega, i criteri di attuazione di una riforma della procedura di amministrazione straordinaria, che oggi risulta essere disciplinata, oltre che dal D.L. n. 134/2008, di nuovo "conio", dal D.Lgs. n. 270/1999 e dal D.L. n. 347/2003, convertito nella legge n. 39/2004.

Nell'intento di rendere sempre più snella e celere la stessa, nel

già predisposto disegno di legge, si ipotizza di riservare al Commissario la volontà di individuare e vendere immediatamente gli *asset* aziendali, senza l'obbligo - oggi previsto - di presentare, entro sei mesi dalla nomina e, soprattutto, «in ogni caso un piano di ristrutturazione» (6).

Ed ancora, il programma di risanamento, sempre che venga presentato dal Commissario, è previsto debba indicare i requisiti minimi che i terzi cessionari dell'impresa devono avere, non solo in termini di solidità patrimoniale e di soddisfacimento per i creditori concorrenti anteriori ma, anche e soprattutto, ai fini della prosecuzione dell'attività di impresa.

I criteri fissati dal Consiglio dei Ministri non sono riservati soltanto alla fase gestoria, come risulta evidente dalla ulteriore necessaria previsione della possibilità per il Commissario di ricorrere all'affitto dell'azienda, o di rami, nell'intento di conservarne i valori di funzionamento per la possibile attuazione di una vicenda traslativa degli stessi senza, quindi, l'obbligo di una gestione commissariale, se in grado di incidere negativamente sulla liquidità, ed anche al correlato fine di metterlo al riparo per le conseguenze, di carattere penale, eventualmente derivanti dall'ampliamento dei poteri sin qui sintetizzati.

In altre parole, si prevede che il Commissario non possa essere più accusato per le condotte indebite o ingiustificate che abbia tenuto nel corso della procedura qualora, naturalmente, l'amministrazione straordinaria venga, poi, convertita in fallimento e sia successivamente riscontrata la falsità dei presupposti per l'ammissione alla stessa che, però, non possono essere oggetto di valutazione nel caso di quelle procedure - sempre che ve ne siano altre (7) - che fossero attivate sulla base del D.L. n. 134/2008, di nuova emanazione, atteso che all'art. 2, comma due, del D.L. n. 347/2003 è previsto che l'am-

missione immediata alla procedura è disposta con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, con le modalità di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 270/1999, «... in quanto compatibili, e in conformità ai criteri fissati dal medesimo decreto» (8).

Altra novità è rappresentata dall'aver previsto il Legislatore che le finalità conservative volte alla «... salvaguardia del valore economico e produttivo totale o parziale ...» possano essere realizzate attraverso la conclusione di vicende traslative dell'azienda o di singoli rami, come risulta dimostrato dall'espresso richiamo effettuato in favore del programma di cessione dei complessi aziendali, previsto dall'art. 27, comma due, lett. a), del D.Lgs. n. 270/1999.

La previsione è conseguenza della operata scelta legislativa di attuare una sorta di "scissione" immediata, sì da permettere il trasferimento dei beni all'ente societario costituito ed in favore del quale attuare la cessione della Compagnia aerea.

Non è, quindi, indispensabile ma, al contrario, è stato deliberatamente previsto che il Commissario non debba proporre un programma di ristrutturazione economico-finanziaria, per tentare di risanare l'impresa insolvente, quanto piuttosto di attuarne la conservazione attraverso la cessione. Il provvedimento normativo, dunque, pur mantenendo, apparentemente, la tradizionale impostazione ha apportato quelle indi-

Note:

(6) In tal senso, la modifica apportata dall'art. 1, comma settimo, del D.L. n. 134/2008 e dalla rubrica dell'art. 4 del D.L. n. 347/2003.

(7) Secondo quanto riferito da Leoni, il 12 settembre 2008 su "Il Messaggero", il commissario avrebbe chiesto l'estensione della novella legge anche ad altre quattro società collegate: AZ Servizi, Alitalia Airport, Alitalia Express e Volare (quest'ultima aggiudicatasi da Alitalia al termine di una gara annullata dal Consiglio di Stato) in quanto tutte ricomprese nell'offerta preliminare formulata dalla Compagnia Aerea Italiana.

(8) Sul tema Bellinazzo, *La bancarotta circa il rioridino*, in *Il Sole 24 Ore* del 30 agosto 2008, n. 239.

spensabili significative innovazioni senza, peraltro, che il tribunale possa preventivamente valutare, nel dichiarare lo stato di insolvenza, la sussistenza delle condizioni per l'apertura della procedura diretta alla conservazione dell'impresa, così come aveva previsto la legge delega di riforma dell'amministrazione straordinaria del 30 luglio 1998, n. 274 e, quindi, il successivo D.Lgs. n. 270/1999.

E d'altronde, il dibattito delle procedure concorsuali aveva assunto, già da tempo, un contenuto ben diverso da quello tradizionale, nel senso che la dottrina (9) era apparsa sempre più propensa a considerare strumenti alternativi alle procedure classiche che comportassero la dissoluzione di un'impresa come, peraltro, il Legislatore della riforma delle procedure concorsuali ha inteso perseguire quale obiettivo, risultando esso palese dalla stessa relazione illustrativa del D.Lgs. n. 5/2006, laddove si evidenzia la necessità che il sistema normativo concorsuale deve «... ispirarsi ad una nuova prospettiva di recupero delle capacità produttive dell'impresa...», attesa la confluenza di interessi economici e sociali più ampi «... che privilegiano il ricorso alla via del risanamento e del superamento della crisi aziendale», al fine di garantire alla collettività «... ed in primo luogo agli stessi creditori, una più consistente garanzia patrimoniale attraverso ... il trasferimento a terzi delle strutture aziendali». L'esigenza di conservazione dei valori aziendali è, certamente, compatibile con la fase di liquidazione propria delle procedure concorsuali, soprattutto laddove si consideri l'impresa in senso funzionale e, comunque, non solo l'attività organizzata dall'imprenditore, ma anche l'aspetto strumentale di essa e, dunque, la tutela dell'organizzazione del lavoro e degli strumenti produttivi che consentono lo svolgimento di quell'attività (10).

L'intenzione, d'altronde, di risanamento sottesa alla proce-

dura di amministrazione straordinaria, che si fonda sulla previsione della opportunità di continuare l'esercizio dell'impresa per il periodo di tempo programmato e che aveva caratterizzato la legge 3 aprile 1979 n. 95 (in particolare l'art. 2), è stata riconsiderata, già prima dell'emanazione del decreto legge in commento, dal Legislatore che ben consapevole dell'impossibilità per il Commissario di realizzare un siffatto obiettivo, ha ritenuto indispensabile apprestare a questi i mezzi maggiormente idonei per favorire il trasferimento di essa quante volte la continuazione non possa rappresentare l'ipotesi normale dovendo, al contrario, essere avviata immediatamente la pur prevista fase di liquidazione, da preferirsi all'altra se troppo onerosa e comunque non conveniente per i creditori pregressi.

Già in precedenza, i progetti di legge di riforma elaborati (11) individuavano soluzioni dirette ad evitare ogni automatismo sottolineando la necessità che la decisione dell'Autorità fosse il risultato di una scelta ponderata in relazione alla effettiva utilità della continuazione (12).

Dunque, l'aver stabilito che l'attuazione del programma avvenga attraverso la cessione, senza alcuna necessità di risanamento, non costituisce una novità, ma lo diviene sol perché la soluzione è stata privilegiata in ragione dell'operata previsione di cessione dei cespiti fortemente attivi al nuovo costituito ente societario.

Chi scrive non condivide, quindi, la valutazione offerta, in termini positivi, della soluzione prescelta, se ed in quanto la procedura riguardi imprese di grandi dimensioni, dal momento che è utopistico ritenere possibile il risanamento non già attraverso la ristrutturazione economico-finanziaria, quanto piuttosto prevedendo regole più flessibili per la concreta attuazione della fase di liquidazione dei complessi aziendali, soprattutto laddove si consideri che per le grandi

imprese ben avrebbe potuto trovare applicazione la rivisitata disciplina concorsuale che è stata volutamente riservata dal Legislatore ad imprese di diverse dimensioni, per le quali, di contro, la predisposizione di un programma di liquidazione, per come strutturato dall'art. 104 *ter* L.F., risulta non essere realizzabile (13).

Costituisce una novità, sol per essere il decreto, invero, diretto a regolare la situazione dell'Alitalia, la possibilità per l'Autorità amministrativa di impartire le prime direttive al Commissario straordinario, vincolanti per quest'ultimo, in quanto in funzione dell'indispensabile accelerazione impressa al procedimento di liquidazione, tanto d'aver previsto che le operazioni di cessione possano essere eseguite

Note:

(9) Si vedano, in tal senso, i contributi, prima dell'attuazione della riforma delle procedure concorsuali, di D'Alessandro, *Politica della crisi di impresa: risanamento o liquidazione dell'azienda?*, in *Il fallimento*, 1980, 29; Gambino, *Profili dell'esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali alla luce della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 559; Santini, *Soluzione giuridica allo stato di crisi dell'impresa nei sistemi di economia di mercato*, in *Giur. it.*, 1981, IV, 161; Libonati, *Crisi dell'imprenditore e riorganizzazione dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I, 231; Caiafa, *L'azienda: suoi mutamenti soggettivi nella crisi di impresa*, Padova, 1990, 264; Id., *Vicende circolatorie dell'azienda nelle procedure concorsuali*, Padova, 2001, 165.

(10) D'Alessandro, *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 53; Caiafa, *Vicende circolatorie nell'azienda nella procedure concorsuali*, cit., 167.

(11) Si vedano le proposte di legge, rispettivamente, n.ri 2390 e 3119, entrambe pubblicate in *Giur. comm.*, 1982, I, 507.

(12) Sul tema si veda Sandulli, *Sulle proposte di modifica dell'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 485, ove evidenzia che l'insussistenza, in termini reali, dei presupposti per una ripresa dell'attività, devono indurre ad escludere la continuazione dell'esercizio dell'impresa e forse, anche, la stessa apertura della procedura, ben potendo la liquidazione essere realizzata nell'ambito del fallimento, nel rispetto degli interessi dei creditori con più ampia garanzia dei loro diritti.

(13) Nardecchia, *Creditori, tutele ridotte: costituzionali da rischio*, in *Il Sole 24 Ore*, del 30 agosto 2008, n. 239.

«per motivi di urgenza ... anche prima della dichiarazione di insolvenza», con indicazione dell'acquirente «... a trattativa privata, tra i soggetti che garantiscano la continuità nel medio periodo del relativo servizio... », alla condizione che il prezzo di cessione non risulti essere «... inferiore a quello di mercato come risultante da perizia effettuata da primaria istituzione finanziaria con funzione di esperto indipendente, individuata con decreto del Ministro dello sviluppo economico».

È stato adottato, quindi, un criterio di selezione qualitativa dell'impresa che, tuttavia, è solo in apparenza riferibile a quelle operanti nei settori dei servizi pubblici essenziali, nella misura in cui abbiano inteso garantire la relativa continuità nella prestazione, ma che fa riferimento a quella che ha determinato l'emanazione della nuova disposizione normativa, come risulta evidente dall'aver il Legislatore previsto, all'art. 3, l'esenzione, in relazione ai comportamenti ed alle decisioni assunte e poste in essere «... dal 18 luglio 2007 fino alla data di entrata in vigore del presente decreto ...», laddove si fa riferimento, appunto, al fatto che l'esenzione stessa, per quel che attiene l'azione di responsabilità, nel termine indicato, trova giustificazione nella finalità di aver garantito quegli «... atti e provvedimenti ... la continuità aziendale di Alitalia - Linee Aeree Italiane Spa, nonché di Alitalia Servizi Spa e delle società da queste controllate ...», e ciò in considerazione del preminente interesse pubblico e della necessità di assicurare il servizio di trasporto aereo, passeggeri o merci.

La responsabilità per i fatti commessi dall'organo gestorio o di controllo, nonché dal dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari - della cui attendibilità il Legislatore è, dunque, preoccupato - viene «... posta a carico esclusivamente delle società». Gli effetti sono dirompenti, dal momento che l'esenzione sem-

bra debba permanere nell'ipotesi in cui venga disposta la conversione della procedura di amministrazione straordinaria in fallimento, consentita, peraltro, solo qualora non sia possibile l'adozione di alcun programma, oppure il Ministro non lo autorizzi, situazione questa, tra l'altro, che non è previsto possa ricorrere nel caso di Alitalia, essendo il programma già stato preventivamente elaborato ed approvato. La diversa tutela prevista sempre dall'art. 3, comma due, per i piccoli azionisti, ovvero obbligazionisti «... che non abbiano esercitato eventuali diritti di opzione aventi oggetto la conversione dei titoli in azioni di nuova società ...», appare essere del tutto ingiustificata rispetto alla differente non giustificata sorte assegnata agli altri creditori concorrenti anteriori, e lascia temere per la tenuta costituzionale della previsione (14).

Una ulteriore novità pericolosa, per le valutazioni negative che di essa può dare l'Unione europea, va individuata nella previsione della possibilità per il Commissario straordinario, in conseguenza dei maggiori e più forti poteri riconosciutigli dalla relativa disposizione normativa, di trasferire l'azienda in deroga alla normativa *antitrust*.

Stupisce l'operata scelta laddove si consideri che con la legge 30 luglio 1998, n. 274, il Governo era stato delegato ad emanare un decreto legislativo volto a disciplinare l'istituto dell'amministrazione straordinaria, con conseguente abrogazione della precedente normativa, in ragione delle constatate disfunzioni di questa, ed al deliberato e dichiarato scopo di evitare il procedimento di infrazione avviato dalla Commissione europea, che aveva individuato nella "legge Prodi" del 1979 significativi effetti distorsivi della concorrenza tanto che la procedura, così come in precedenza congegnata, aveva ricevuto più di una censura anche da parte della stessa Corte di Giustizia che aveva ritenuto la

continuazione dell'esercizio dell'impresa, in quanto realizzata attraverso violazioni pubbliche e, dunque, "aiuti" da parte dello Stato, in grado di incidere ed impedire l'uscita dal mercato di imprese decotte, cui veniva permesso di permanervi a discapito, pertanto, delle altre.

Numerosi anche i dubbi di legittimità costituzionale derivanti dall'applicazione sempre di quella legge (15).

In particolare - ma sulla questione tornerò in seguito - tra i benefici in grado di costituire illegittimi, non consentiti, aiuti di Stato era stata individuata l'utilizzazione della cassa integrazione guadagni straordinaria, regolata dall'art. 10 *ter* della legge 19 luglio 1993, n. 236, che consentendo al Commissario di richiedere il trattamento sino ad un periodo di cinque anni costituiva elemento distorsivo della concorrenza al pari delle agevolazioni fiscali sui trasferimenti di aziende, o singoli rami o, ancora, della garanzia prestata dallo Stato per i finanziamenti concessi (rispettivamente, artt. 2 *bis* e 5 *bis* della precedente legge).

È per tale ragione che all'Autorità giudiziaria, con il D.Lgs. n. 270/1999, era stato riconosciuto un ruolo maggiormente significativo attraverso la verifica dell'esistenza delle prospettive di equilibrio

Note:

(14) Stanghellini, *Una sola procedura per tutte le crisi*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 agosto 2008, dove, nel sottolineare il rischio, rileva l'assoluta necessità della predisposizione di una normativa efficiente, valida per tutte le imprese, indipendentemente dalla grandezza delle stesse, «... a geometria variabile, ma con un asse solido: la certezza delle regole e il rispetto del mercato».

(15) In tal senso Ricci, *La tutela dei creditori dell'imprenditore nell'amministrazione straordinaria: problemi di legittimità costituzionale*, in *Il fallimento*, 1984, 100; Russo, *La tutela creditoria nella differente regolamentazione dell'insolvenza delle imprese*, ivi, 1993, 931; Staiano, *L'affievolimento del diritto di credito nella procedura di amministrazione straordinaria*, ivi, 1989, 5; D'Alessandro, *Dall'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: due anni di esperienze*, in *Giur. comm.*, 1981, I, 846; Caiata, *Vicende circolatorie dell'azienda nelle procedure concorsuali*, cit., 170.

e la valutazione, mediante approvazione del programma, della eventuale cessione dei complessi aziendali, o dalle alternative di ristrutturazione e riorganizzazione, per il raggiungimento degli obiettivi programmati sino al punto di aver consentito al tribunale di disporre, in caso di accertamento negativo, la conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento, quante volte le finalità conservative del patrimonio non fossero state ritenute realizzabili attraverso la prosecuzione, la riattivazione o la riconversione delle attività imprenditoriali esplicitate nell'art. 1 del D.Lgs. n. 270/1999.

Ebbene, l'ipocrito riferimento al criterio, per la individuazione dell'acquirente, della trattativa privata quando, invero, il relativo soggetto risulta essere stato costituito ancor prima dell'emanazione del decreto legge, lascia fondatamente ritenere che la decisione di aver rimesso al Commissario straordinario la sua individuazione, pur se nel «... rispetto dei requisiti previsti dalla legislazione nazionale, nonché dai trattati sottoscritti ...», sia piuttosto formale che sostanziale, e rappresenti, quindi, una evidente elusione del previsto obbligo di conformazione «... alle disposizioni ed agli orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà», di cui all'art. 55 del D.Lgs. n. 270/1999 (16). Alla stessa continuazione dell'esercizio dell'attività di impresa era stato riconosciuto in precedenza carattere eccezionale transitorio, costituendo, non già un mezzo di conservazione quanto piuttosto una ipotesi di gestione tutoria finalizzata esclusivamente al mantenimento di quei rapporti ed all'assolvimento di quelle funzioni che avrebbero potuto comportare, nel caso di arresto dell'attività, perniciose conseguenze in relazione agli obiettivi sperati (17).

Il decreto legge, coerentemente - in questo caso certamente sì - con la valutazione operata

dalla precedente legislazione, che appariva maggiormente protesa all'attuazione di un piano di risanamento dell'impresa, nonostante le constatate deficienze di carattere strutturale di questa, al solo scopo di assicurarne la continuazione ed il mantenimento dei livelli occupazionali, ha mostrato, dichiaratamente, di prediligere l'ipotesi della cessione dei complessi aziendali - che ha sancito mediante richiamo della lettera a), di cui al secondo comma dell'art. 27 del D.Lgs. n. 270/1999 - al deliberato fine di poter dare attuazione al previsto trasferimento degli *asset* alla costituita cessionaria.

L'obiettivo della salvaguardia dei livelli occupazionali non viene, difatti, realizzato attraverso la prosecuzione dell'attività ma mediante la vendita dell'azienda in esercizio, rappresentando la soluzione prescelta il mezzo istituzionale per far confluire gli *asset*, che interessano il già individuato acquirente, identificando il ramo o i rami di azienda perché possa procedersi al relativo trasferimento ed alla realizzazione della liquidità necessaria per il soddisfacimento delle ragioni dei creditori concorrenti, consentito, però, dalla possibilità per gli azionisti - e fra questi il Tesoro - di acquisire partecipazioni della costituita "newco" e, ancora, dall'essere stati ammessi i piccoli azionisti al beneficio di cui all'art. 1, comma 343, della legge 23 dicembre 2005, n. 266.

Dovrà, infine, essere valutata dall'Unione Europea la correttezza della previsione di restituzione del "prestito ponte" destinato, in caso di liquidazione, al pagamento dei creditori (18).

Vicende traslative dell'azienda o di singoli rami

Particolare attenzione e considerazione merita la rivisitazione operata dell'art. 5 del D.L. n. 347/2003, in conseguenza del disposto inserito, dopo

il comma 2 *bis*, degli altri due con i quali si è inteso disciplinare, rispettivamente, la concessione degli ammortizzatori sociali, con conseguente estensione di quelli previsti dall'art. 1 *bis*, comma uno, del D.L. 5 ottobre 2004, n. 249 - convertito, con modificazioni, dalla legge 3 dicembre 2004, n. 291 - e delle regole per lo svolgimento delle consultazioni, di cui all'art. 63, comma quattro del D.Lgs. n. 270/1999, con riconoscimento alle parti interessate di poter concordare il trasferimento, anche parziale, dei complessi aziendali, secondo regole particolari (art. 5, comma 2 *ter*) e con la ulteriore previsione di consentire al cessionario, al fine di agevolare il reimpiego del personale dipendente collocato in cassa integrazione, di usufruire dei benefici di cui agli artt. 8, commi 2 e 4, e 25, comma 9, della legge 23 luglio 1991, n. 223 (art. 5, comma 2 *quater*).

È stata, difatti, attuata una singolare rivisitazione della pre-

Note:

(16) Patti, *Alcune riflessioni in tema di insolvenza, impresa e complesso aziendale, derivanti dalla lettura della legge delega per l'emanazione della nuova legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 306; Montanari, *Prosecuzione dell'esercizio dell'attività di impresa, aiuti di Stato ed agevolazioni speciali nella legge Prodi, fra diritto vigente e prospettiva di riforma*, in *Dir. fall.*, 1999, 346.

(17) Liebman, *Il rapporto di lavoro nell'amministrazione straordinaria della grande impresa in crisi nel fallimento (un confronto)*, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 969; Caiafa, *Vicende circolatorie dell'azienda nelle procedure concorsuali*, cit., 174.

(18) Stanghellini, *Una sola procedura per tutte le crisi*, cit., ove sottolinea il paradosso derivante dall'essere, oggi, in conseguenza dell'attuata riforma delle procedure concorsuali, le "crisi minori", regolate da una disciplina moderna, laddove per quelle di rilevanti dimensioni le regole fissate, benché recenti, sono rette "... da principi antiquati"; non diverse le valutazioni già espresse sulla procedura introdotto con il D.L. n. 347/2003, per far fronte alla particolare situazione del "Gruppo Parmalat": Fabiani-Ferro, *Dai tribunali ai Ministeri: prove generali di degiurisdizionalizzazione della gestione delle crisi di impresa*, in *Il fallimento*, 2004, 134; Caiafa, *Il decreto "Parmalat": profili lavoristici e comunitari*, in *Dir. lav.*, I, 2004, 318; Id., *La legge fallimentare riformata e corretta* (dalla legge 12 maggio 2005, n. 80 al D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169), Padova, 2008, 834.

cedente disciplina che, come dicevo, non può essere ignorata in ragione delle peculiarità che la caratterizzano, per quel che attiene, partitamente, la estensione degli ammortizzatori sociali, con particolare riferimento alla durata, al regime delle decadenze ed alle stanziate disponibilità per far fronte alle relative erogazioni - disciplinate, queste ultime, dall'art. 2 del D.L. n. 134/2008 - e l'iter procedimentale per l'attuazione dei trasferimenti, con conseguente riconoscimento del potere, per le parti interessate, di «... definire i contenuti di uno o più rami di azienda, anche non preesistenti, con individuazione di quei lavoratori che passano alle dipendenze del cessionario ...». Le norme per il sostegno del reddito e dell'occupazione e, al tempo stesso, in grado di assicurare la riconversione e riqualificazione professionale del personale operante nel settore dei servizi pubblici essenziali, in quanto già esistenti, sono state appositamente richiamate all'art. 5, comma 2 *ter*, avendo già in precedenza il Legislatore, con l'art. 1 *ter* della legge 3 dicembre 2004, n. 291, fronteggiato la situazione di crisi del settore del trasporto aereo attraverso la istituzione, presso l'Inps, di un Fondo speciale dedicato al medesimo obiettivo, a tutela del reddito e della occupazione.

Il Fondo, difatti, ha la finalità di fornire alle aziende del settore in crisi gli strumenti idonei a supporto del mutamento e rinnovamento delle professionalità, oltreché per la realizzazione delle politiche attive di sostegno nel reddito e dell'occupazione.

Nell'ambito di tali finalità, il Fondo, in via ordinaria, contribuisce al finanziamento dei programmi formativi e provvede alla erogazione del trattamento in favore dei lavoratori interessati da riduzioni dell'orario di lavoro, ai sensi della legge n. 236/1993, o da sospensione temporanee dell'attività lavorativa o, ancora, da processi di mobilità.

I trattamenti integrativi riconosciuti prendono in considerazione, per la conseguente determinazione, la retribuzione risultante dalla media delle voci retributive fisse, delle mensilità aggiuntive e delle voci contrattuali aventi carattere di continuità, percepite nei dodici mesi precedenti la presentazione dell'istanza da parte dell'interessato con esclusione dei soli compensi per lavoro straordinario.

Il trattamento è riconosciuto anche in favore dei lavoratori a tempo parziale, con determinazione della relativa misura, in proporzione della minore durata della prestazione lavorativa e, naturalmente, alla condizione, per tutti i beneficiari, che non svolgano altro tipo di attività lavorativa in concomitanza con la fruizione del trattamento medesimo. La durata della prestazione, stabilita dall'art. 2 *bis* della legge 3 dicembre 2004, n. 291, in ventiquattro mesi, per i lavoratori interessati da riduzioni dell'orario di lavoro e/o per i periodi indicati all'art. 4 della legge n. 223/1991, per il personale dipendente il cui rapporto sia stato risolto in conseguenza delle procedure di cui agli artt. 4 e 24 della medesima legge, è stata ampliata e portata, rispettivamente, «a 48 mesi e 36 mesi indipendentemente dalla età anagrafica e dall'area geografica di riferimento, sulla base di specifici accordi in sede governativa ...» (art. 2, 1° comma, D.L. n. 134/2008).

È stato previsto, per l'attuazione del programma derivante dalla operata estensione del trattamento integrativo concorsuale (quattro anni) e di mobilità (tre anni), un incremento delle disponibilità già individuate, per affrontare le situazioni a regime, all'art. 1 *bis*, comma 3, lett. a) della legge 3 dicembre 2004, n. 291, nell'importo fisso annuo (trenta milioni), con decorrenza dal 2009.

Ebbene, se si considera che il Fondo speciale, di cui al comma primo dell'art. 1 *ter* della legge n. 291/2004, è alimentato da un contributo sulle retribuzioni a carico dei datori di

lavoro di tutto il settore del trasporto aereo e, per il resto, finanziato dagli stessi lavoratori, evidenti sono le conseguenze, in termini di ricaduta, sul sistema produttivo, per quel che concerne i costi, nonostante la già prevista alimentazione, da parte degli operatori del sistema aereo portuale, per garantire la piena operatività del Fondo e la stabilità del sistema stesso (art. 1 *ter*, comma 2).

Non è certamente questa la sede per svolgere considerazioni in ordine ai criteri scelti per la copertura del decreto, pari a trenta milioni di euro, per ciascun periodo previsto; se, però, si considerano gli esuberi preannunciati e la possibilità di una gestione parziale di questi, con gli ammortizzatori sociali, ipotizzando dunque la immediata ricollocazione di una parte del personale verso altre aziende del settore privato, con esclusione pertanto delle Pubbliche amministrazioni, sulla base delle specifiche caratteristiche delle diverse tipologie dei lavoratori interessati, è facile rendersi conto che lo stanziamento ipotizzato è del tutto inadeguato per sostenere i costi ed assicurare le tutele previste.

Va, al contrario, positivamente valutata la operata previsione della estensione della disciplina concernente i benefici previsti dall'art. 8, commi 2 e 4, e dall'art. 25, comma 9, della legge n. 223/1991, in favore di quegli imprenditori che assumano personale dipendente da imprese ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria regolata dall'art. 2, comma 2, del D.L. n. 134/2008, destinatario di trattamenti integrativi o di mobilità.

Sarebbe stato, però, opportuno rafforzare la previsione riconoscendo anche i benefici previsti dall'art. 8, comma 4 *bis*, della legge n. 223/1991, quante volte attraverso la conclusione della vicenda traslativa del ramo di azienda venga garantito, pur se parzialmente, il livello occupazionale.

A dire il vero, la non conside-

razione del problema deriva dalla circostanza di avere il Legislatore previsto regole fortemente innovative rispetto a quelle in precedenza fissate per i trasferimenti dei complessi aziendali, riconoscendo ai cessionari di poter attuare le assunzioni, anche parziali, dei lavoratori alle dipendenze del cedente «... previa collocazione in cassa integrazione guadagni straordinari o cessazione del rapporto di lavoro in essere ...» (art. 5, comma 2 quater).

Tale disposizione merita una riflessione attenta in ragione della necessità di dover verificare se una siffatta previsione sia, o meno, in contrasto con i principi comunitari che regolano il trasferimento dell'impresa in crisi o insolvente e, ancora, se l'intero *iter* procedimentale rivisto e corretto, per quel che attiene l'opera di limitazione dei termini di cui all'art. 47, 1° comma, della legge n. 428/1990 per lo svolgimento delle consultazioni sindacali, e l'avvenuto riconoscimento, ancora, alle parti interessate alla vicenda circolatoria parziale, di individuare i «... lavoratori che passano alle dipendenze del cessionario», siano o meno coerenti da un punto di vista sistemico o, al contrario, lascino sorgere inquietanti sospetti di illegittimità costituzionale e comunitaria.

La prevista riduzione del termine di cui all'art. 47, comma 1 per lo svolgimento delle consultazioni per la fase di informazione sindacale è evidente che non trova giustificazione alcuna laddove si prendano in considerazione situazioni di assoluta normalità caratterizzate, quindi, dall'ammissione dell'impresa alla procedura concorsuale, attesa la possibilità di rispettare i termini già fissati in quanto, peraltro, decisamente brevi.

La rivisitazione della disposizione comunitaria è, però, apparsa inevitabile dal momento che si giustifica in ragione del fatto che si troviamo dinanzi ad una legge "fotografia" in quanto emanata, ap-

punto, per risolvere i problemi di una determinata impresa che, peraltro, il Legislatore è stato costretto ad indicare nominativamente all'art. 3 del decreto legge.

E d'altronde, l'avvenuta individuazione del cessionario nella costituita società e l'acquisizione degli *asset* in data antecedente alla stessa emanazione della disposizione normativa, lascia comprendere le ragioni per le quali si è ritenuto di intervenire sui termini al fine di assicurare celerità e speditezza alla vicenda traslativa, per attuare, seppur attraverso la cessione, la migliore conservazione dei valori di funzionamento dell'azienda, o di quel determinato ramo.

Il problema della conformità all'ordinamento comunitario non riguarda, al contrario, la riconosciuta possibilità per le parti di «... definire i contenuti di uno o più rami di azienda, anche non preesistenti ...», essendovi già una norma nel nostro ordinamento che lo rendeva possibile, quanto, piuttosto, l'aver riconosciuto alle stesse il potere di individuare i lavoratori che passano alle dipendenze del cessionario.

Si tratta di dover verificare tuttavia, a tal riguardo, la tenuta, con riferimento all'ordinamento comunitario, della operata previsione valutando in concreto se alla interpretazione delle direttive offerta dalla Corte di Giustizia debba riconoscersi efficacia vincolante e sia, quindi, possibile sostenere una assoluta ed autentica prevalenza della normativa comunitaria, in materia di trasferimento del ramo di azienda, anche quando la vicenda traslativa non comporti il passaggio non trascurabile di beni.

A tal fine va osservato che la direttiva 2001/23 - con cui sono state abrogate sia la direttiva 77/187, che la successiva 98/50 - non ha un contenuto propriamente innovativo, quanto piuttosto risponde alla finalità del Consiglio di operare una sistemazione della già presente regolamentazione, in relazione alle sostanziali modifiche già apportate dalla di-

rettiva del 1998, sicché si tratta di dover analizzare, con riferimento a questa, se il diritto interno sia suscettibile o meno di interpretazione diversa rispetto a quella fornita dall'ordinamento comunitario, del fenomeno traslativo del ramo e se, dunque, le direttive, in quanto dettate con finalità di tutela dei lavoratori prevalgono, comunque, sul diritto interno anche quando questo solo in apparenza risulti essere più favorevole.

La lettura decisamente estensiva delle direttive comunitarie fornita dalla Corte di Giustizia, in tema di trasferimento di singoli rami di azienda, conferma senz'altro la assoluta priorità riconosciuta in favore della conservazione e tutela dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro, in termini di continuità dello stesso e dei crediti, di fronte ai fenomeni di mobilità, anche quando questi risultino determinati dalle crescenti esigenze competitive proprie di un mercato globalizzato o, ancora, da quelle diverse discendenti dallo svolgimento della prevista attività di realizzazione dell'attivo, alla condizione però che la vicenda non comporti conseguenze negative ma assicuri comunque il mantenimento dei livelli occupazionali ed il soddisfacimento dei crediti progressi.

Per quel che concerne, difatti, il trasferimento del ramo deve tenersi conto del fatto che il concetto di organizzazione stabile - come chiarirò in seguito - si identifica con la "entità economica" e richiede, comunque, l'esistenza di un'organizzazione personale e materiale in grado di consentire l'esercizio di un'attività finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo. Non può, tuttavia, essere esclusa la possibilità di una riconduzione del solo elemento organizzativo personale alla nozione di entità economica, quante volte essa si caratterizzi non solo per l'attività affidata ma, anche e soprattutto, per altri elementi quali l'organizzazione del lavoro, i metodi di gestione, sino al punto di poter,

quindi, ritenere che anche un gruppo di lavoratori che svolge stabilmente un'attività comune può rappresentare l'elemento fondante del "ramo", sicché nell'ipotesi di trasferimento la continuità del rapporto di lavoro si traduce in un elemento costitutivo del complesso organizzato, oggetto della vicenda traslativa, sul presupposto che l'assegnazione stabile per lo svolgimento di una determinata attività ben può di per sé costituire un livello organizzativo, anche in mancanza di elementi materiali.

L'apprezzamento della sussistenza degli indicati elementi costitutivi, globalmente considerati, è di competenza del giudice nazionale, riservata, tuttavia, alla Corte di Giustizia, la possibilità di stabilire, interpretando le direttive, quali criteri debbano essere tenuti in maggior considerazione e quali possano, eventualmente, essere trascurati.

È evidente, però, che non è sufficiente una mera occasionale aggregazione di persone dipendenti all'interno di una struttura aziendale per poter ritenere sussistente un "ramo", ma, al contrario, è indispensabile l'esistenza di un collegamento stabile e funzionale in grado di rappresentare quel valore aggiunto che permette di individuare quella "entità economica", separata dagli elementi che la compongono, suscettibile di divenire oggetto di una vicenda traslativa.

È in tal senso che può quindi essere giustificata ed affermata la sussistenza di un "ramo" ancorché privo di elementi patrimoniali, materiali o immateriali, costituito, in via esclusiva, da un gruppo di dipendenti alla condizione che, peraltro, sussista una organizzazione stabile per essere gli addetti specificamente assegnati allo svolgimento di un compito comune.

Si rende necessario, allora, verificare se la *segmentazione* ipotizzata sia coerente o meno con la individuazione della fattispecie contemplata nell'art. 2112 c.c., così come mo-

dificato, da ultimo, dall'art. 32 del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, nella versione corretta dall'art. 9 del D.Lgs. 6 ottobre 2004 n. 251, a quanto sembra non nota al Legislatore che ha avvertito l'esigenza di disporre in modo analogo, seppur con la ulteriore previsione della possibilità per le parti di individuare i lavoratori interessati alla vicenda e che «... passano alle dipendenze del cessionario».

Si tratta di una questione di evidente rilevanza per le notevoli conseguenze che derivano dall'applicazione della disciplina normativa (art. 2112 c.c.) di un fenomeno dai contorni spesso evanescenti e del tutto nuovo rispetto a quello tratteggiato nella originaria formulazione della norma, non sempre dovuto alle innovazioni tecnologiche proprie dei processi produttivi ed alla coeva adozione delle recenti forme di organizzazione del lavoro, nella ricerca della dimensione ottimale dell'attività imprenditoriale (19).

Il problema - come tenterò di chiarire - non è rappresentato tanto dall'avere la previsione normativa utilizzato un criterio soggettivo, sostitutivo di quello oggettivo precedente che richiedeva, ai fini della individuazione del ramo, la sua preesistenza, oggi lasciata alla volontà delle parti contraenti (cedente e cessionario), sol che si consideri che la "articolazione" può essere anche rappresentata da un gruppo di rapporti di lavoro funzionalmente collegati ed in grado di realizzare quel valore aggiunto, da un punto di vista produttivo, e che, pertanto, in assenza di tali presupposti, non può che essere ritenuta nulla per indeterminatezza o inesistenza dell'oggetto medesimo (20).

L'evoluzione della nozione del ramo di azienda, d'altronde, come articolazione funzionalmente autonoma, ha avuto un progressivo ampliamento, con una conseguente mutazione genetica dell'istituto, sol che si tenga conto che l'art. 1 del D.Lgs. n. 18/2001 trovava applicazione al trasferimento

di «parte dell'azienda», intesa come «articolazione funzionalmente autonoma», riferita, tuttavia, ad una attività economica organizzata, nel senso che essa doveva essere «preesistente», come tale, al trasferimento e doveva conservare, a seguito dell'attuata vicenda circolatoria, la propria «identità», ciò «... a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base dei quali il trasferimento è attuato ...».

L'art. 32 del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 ha modificato la disposizione codicistica sopprimendo i requisiti della «preesistenza» e della «conservazione dell'identità» attraverso l'attribuzione, all'autonomia delle parti contrattuali, del potere di «identificare» il ramo dell'azienda «... al momento del suo trasferimento», e l'art. 1 del D.L. n. 134/2008, nel modificare l'art. 5 del D.L. n. 347/2003, non fa altro che ribadire ciò che era già previsto.

L'indiscussa valorizzazione dell'autonomia privata viene ad assumere un importante significato, atteso che è riconosciuto alle parti di verificare la sussistenza dell'autonomia funzionale al momento della attuazione della vicenda traslativa.

La novità è però costituita dalla possibilità che le parti, attraverso la soppressione del requisito della "preesistenza", possano individuare e costituire "*segmenti*", mai esistiti prima, al deliberato fine di attuare l'espulsione dei lavorato-

Note:

(19) De Luca Tamajo, *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al D.Lgs. n. 276 del 10 settembre 2003*, in *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, 569 e segg.

(20) Lambertucci, *Commento all'art. 32 del D.Lgs. n. 276/2003*, in *La riforma del mercato del lavoro e nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, 463; Santoro Passarelli, *Fattispecie ed interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2003, 189; Caiata, *Esternalizzazione ed insolvenza*, in *Le esternalizzazioni ed Europa, il modello inglese, francese e spagnolo*, a cura di Cosio, Supplemento a *Dir. prat. lav.*, del 17 febbraio 2007, 124.

ri addetti al preteso ramo, sì da aggirare le rigide regole in tema di licenziamento o collocazione in mobilità, riservando la continuità giuridica del rapporto ai soggetti scelti direttamente dall'acquirente.

Le difficoltà interpretative sono evidenti laddove si consideri che, in termini descrittivi, il Legislatore, una volta individuata - già con l'art. 32 del D.Lgs. n. 276/2003 - la nozione di trasferimento dell'azienda, ha ritenuto possibile estendere gli effetti della vicenda circolatoria anche ad un segmento di questa ed è, quindi, poi passato ad ipotizzare il trasferimento dell'attività economica organizzata e, infine, quello di una articolazione funzionalmente autonoma, la cui individuazione ha rimesso al cedente ed al cessionario al momento della realizzazione della vicenda traslativa.

Il requisito, pertanto, della "autonomia funzionale" è venuto ad assumere una valenza distintiva poiché consente di operare una netta differenziazione in ordine alla disciplina della cessione, a seconda che essa abbia ad oggetto beni dotati di autonomia o ne sia, al contrario, del tutto priva, potendo solo nel primo caso dirsi garantita la continuità dell'occupazione e con questa il mantenimento del trattamento economico normativo.

Seppur la Corte di Giustizia ha precisato che, in determinati settori nei quali l'attività si fonda essenzialmente sulla mano d'opera, «... un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente una attività comune può corrispondere ad una entità economica» ha, invero, attraverso siffatto ragionamento ritenuto ammissibile la conservazione della precedente identità «... al di là del trasferimento qualora il nuovo imprenditore non si limiti a proseguire l'attività stessa, ma riassume anche una parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale specificamente destinato dal precedente predecessore a tali compiti» (21).

L'elemento della **organizzazione** integra, quindi, l'oggetto

del trasferimento, anche se deve avere il carattere della **stabilità**.

Non è, infatti, sufficiente una mera ed occasionale aggregazione di persone, essendo indispensabile l'esistenza di un collegamento stabile e funzionale dell'attività svolta all'interno della struttura, tale da costituire l'elemento caratterizzante, e rappresentato dalla "**organizzazione**" (22).

Si richiede, in pratica, che l'articolazione individuata dalle parti, al momento del trasferimento, sia in grado **realmente** di produrre beni e servizi in modo autosufficiente e stabile per un periodo di tempo congruo ancorché non determinabile a priori e variabile in funzione dell'attività esercitata o dei metodi di produzione utilizzati.

Le difficoltà interpretative ed applicative trovano conferma nella avvenuta presentazione, nella precedente legislatura, di un disegno di legge di modifica dell'art. 2112 c.c., in materia di diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda, con la previsione che, ai fini e per gli effetti di quanto stabilito dal quinto comma dell'art. 2112 c.c. deve intendersi «... per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di una entità economica organizzata ... che conserva nel trasferimento la propria identità, a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base dei quali il trasferimento è attuato, ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda ...», con l'ulteriore precisazione che «... le disposizioni del presente articolo si applicano, altresì, al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di una **entità economica organizzata in modo stabile al momento del trasferimento**» (23).

La differente previsione contenuta nel D.L. n. 134/2008 è frutto di una diversa scelta che, però, nulla aggiunge, da un lato, a quanto già in precedenza stabilito dall'art. 32 del

D.Lgs. n. 276/2003, nella versione corretta dall'art. 9 del D.Lgs. n. 251/2004, mentre dall'altro, incide sulla continuità giuridica del rapporto di lavoro consentendo la individuazione dei lavoratori che passano alle dipendenze del cessionario.

Al contrario, la disciplina normativa attuale, in ragione della sua necessaria conformità ai principi comunitari, non ha mai messo in discussione il subentro automatico della parte cessionaria nei rapporti di lavoro, verificandosi, peraltro, la prosecuzione senza necessità del consenso del lavoratore ceduto, atteso che la **ratio** della disposizione è quella di assicurare un sostanziale indifferenza dei rapporti di lavoro rispetto alle vicende attinenti l'azienda.

L'art. 2112 c.c., nel garantire la continuità giuridica dei rapporti, ha inteso ribadire l'inerenza di essi al complesso aziendale cui gli addetti restano legati in tutti i casi in cui, pur verificandosi un cambiamento nella titolarità, resti, tuttavia, immutato il complesso dei beni nella sua struttura organizzativa e nell'attitudine all'esercizio dell'impresa (24).

Proprio l'inerenza del rapporto di lavoro all'articolazione funzionalmente autonoma, anche se individuata dal cedente e dal cessionario, nei suoi contenuti essenziali, al momento del suo trasferimento, esclude che

Note:

(21) Corte di Giustizia, 24 gennaio 2002, c. 51/00, Temco, in *Foro it.*, 2002, IV, 142.23.

(22) Oppo, *Diritto dell'impresa, scritti giuridici*, Padova, 1992, 273, ove, con riferimento, appunto, alla organizzazione, sottolinea che «... mentre l'attività non può durare oltre il soggetto e non può essere oggetto di trasferimento successione, tutto ciò è possibile per l'organizzazione nella sua destinazione e idoneità di esercizio dell'impresa».

(23) Caiafa-Cosio, *Diritto Europeo: crisi di impresa e sorte dei rapporti di lavoro*, cit., 385.

(24) Cass., 19 aprile 2003, n. 6388, in *Not. giur. lav.*, 2003, 588; Cass., 29 ottobre 2002, n. 1505, ivi, 2002, 834; Cass., 23 luglio 2002, n. 10761, Cass., 22 luglio 2002, n. 10701 e Cass., 11 marzo 2002, n. 3469, ivi, 2002, 532; Cass., 3 maggio 2000, n. 5550, in *Riv. giur. lav.*, 2001, 67.

sia necessario il consenso del lavoratore (25).
 In particolare, la giurisprudenza di legittimità e di merito si è preoccupata di precisare che la disciplina del trasferimento prevista dall'art. 2112 c.c. si estende al ramo di azienda ceduto alla condizione che esso consista in un **segmento aziendale** dotato di autonomia funzionale ed organizzativa e, ancora, che la cessione debba coinvolgere i lavoratori addetti al ramo di azienda trasferita negando, quindi, la possibilità che le parti possano individuare - come, al contrario, disposto dalla normativa in esame - «... quei lavoratori che passano alle dipendenze del cessionario».
 Stride, peraltro, con la riconosciuta possibilità ora analizzata, l'altra previsione della consentita effettuazione dei «... passaggi ... previa collocazione in cassa integrazione guadagni straordinaria o cessazione del rapporto in essere ed assunzione da parte del cessionario»; in quanto riecheggia il meccanismo predisposto dalla legge 28 marzo 1976, n. 62, di conversione, con modificazione del D.L. 30 gennaio 1976, n. 9, che aveva previsto i nuovi interventi in favore dei lavoratori di aziende in crisi, consentendo alla Gepi, anche per il tramite di società da essa controllate, appositamente costituite o preesistenti, di assumere, per un periodo di tempo predeterminato, il personale anteriormente dipendente dell'impresa in crisi, che veniva collocato in cassa integrazione in attesa che l'acquirente dell'azienda lo riassumesse con un nuovo contratto.
 La sequenza meccanica "licenziamento-riassunzione", inframmezzata dal ricorso alla cassa integrazione, aveva lo scopo di realizzare il frazionamento del rapporto in deroga, ancorché implicita, al principio di continuità sancito dall'art. 2112 c.c. (26).
 È lecito, quindi, chiedersi per quale ragione non sia stato volutamente prescelto il medesimo meccanismo adottato in passato e che aveva consentita

la realizzazione dell'obiettivo desiderato, preferendogli l'altro, ben diverso, della possibile discriminazione, mediante il riconosciuto potere per le parti interessate alla vicenda circolatoria di individuare e, dunque, scegliere il personale da essa interessato.
 È opportuno chiedersi se, attraverso il richiamo alle consultazioni di cui all'art. 63, comma 4, del D.Lgs. n. 270/1999 e, quindi, tramite la conclusione di un accordo sindacale, sia possibile attuare il trasferimento del ramo di azienda, per come ridisegnato dalla norma.
 A me sembra che, laddove si muova dall'interpretazione costantemente offerta dalla giurisprudenza dell'art. 2112 c.c., non è possibile derogare o rendere flessibile la stessa nei suoi contenuti precettivi dal momento che ha come fine, diretto ed immediato, l'interesse individuale alla continuità del rapporto di lavoro.
 Non si tratta, quindi, di dover accertare se l'accordo concluso dalle Oo.Ss., in deroga all'art. 2112 c.c., sia valido, efficace e tale da permettere la flessibilizzazione degli obblighi discendenti dalla norma quanto, piuttosto, se ricorrendo la fattispecie traslativa ed implicando essa la continuazione dei rapporti di lavoro, sia consentito ai Sindacati maggiormente rappresentativi di regolamentare gli effetti del trasferimento sui rapporti di lavoro con efficacia vincolante, indipendentemente dalla iscrizione, riconoscendo ad essi una rappresentanza assimilabile a quella legale e, pertanto, in grado di incidere sulla sfera dell'intera collettività dei lavoratori anche se non iscritti.
 Dalla non avvenuta attuazione dell'art. 39 Cost. discende, difatti, che gli accordi stipulati dai sindacati ricadono nell'area dell'autonomia privata e, pertanto, sul piano soggettivo, gli effetti da questi discendenti risultano incisi dalle categorie proprie della disciplina privatistica, nel senso che l'efficacia è condizionata dal riconoscimento del potere rappresenta-

tivo nel soggetto che ha stipulato l'accordo.
 Le Oo.Ss., pertanto, seppur investite di poteri di rappresentanza in tema di interessi collettivi e, nell'ambito di questi, di una funzione di assistenza dei singoli associati, non possono, tuttavia, disporre dei diritti individuali dei propri iscritti e, naturalmente, l'accordo non potrà certamente vincolare i soggetti non aderenti.
 La natura negoziale privatistica esclude la possibile estensione dei vincoli nei confronti di soggetti diversi dagli iscritti, attesa la impossibilità di riconoscere validità alcuna alla regola della maggioranza, potendo il relativo criterio incidere, naturalmente, in modo relativo e solo nei confronti degli iscritti alle strutture rappresentative (27).
 All'accordo, quindi, può riconoscersi efficacia vincolante e diretta, per i lavoratori iscritti alle associazioni stipulanti, ed indiretta, per i non aderenti, alla condizione che, però, non impugnino gli atti gestionali adottati in esecuzione dell'accordo, richiedendosi, per la sua operatività generale, quanto meno l'implicita accettazio-

Note:

(25) Cass., 25 ottobre 2002, n. 15105, cit.; Cass. 23 luglio 2002, n. 10761 cit.; Tribunale Milano, 16 febbraio 2007, in *Not. giur. lav.*, 710; Tribunale Padova, 25 maggio 2002, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, 978; Tribunale Milano, 6 marzo 2002, in *Orient. giur. lav.*, 2002, 78.

(26) Per maggiori approfondimenti Vallebona, *Trasferimento dell'azienda in crisi: articolazioni per l'acquirente e tutela dei posti di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1980, 278; Caiafa, *Vicende circolatorie dell'azienda nelle procedure concorsuali*, cit., 42.

(27) Cass., 6 agosto 1996, n. 7194, in *Orient. giur. lav.*, 1996, 966; Cass., 10 maggio 1995, n. 5090, in *Not. giur. lav.*, 1995, 535; Cass., 4 maggio 1994, n. 4295, ivi, 1994, 285; Cass., 24 febbraio 1990, n. 1403, in *Mass. giur. lav.*, 1990, 384; Cass., sez. un., 20 giugno 1987, 5454, in *Orient. giur. lav.*, 1987, 792; in generale sui limiti dei poteri del sindacato: Vidiri, *Poteri del sindacato ed efficacia della contrattazione collettiva*, in *Giust. civ.*, 1994, II, 437; Id., *Cassa integrazione, messa in mobilità e licenziamenti collettivi*, in *Dir. lav.*, 1997, I, 446; Caiafa-Cosio, *Sorte nel rapporto di lavoro nelle procedure di insolvenza*, in *Diritto Europeo: crisi di impresa e sorte dei rapporti di lavoro*, cit., 228.

ne tramite comportamenti concludenti (28).

L'aver ribadito, in pratica, il riconoscimento di un potere derogativo in favore delle Oo.Ss., in quanto soggetti normalmente deputati alla conduzione delle vicende collettive, se certamente realizza l'obiettivo di eliminare le tensioni sociali derivanti dall'apertura della procedura concorsuale, nel momento in cui si intenda realizzare la vicenda traslativa, per come descritta, non permette, tuttavia, alle associazioni stipulanti di vincolare anche i lavoratori non iscritti, attesa la impossibilità di disporre dei loro diritti in assenza del necessario mandato.

Il richiamo all'art. 63, comma quarto, del D.Lgs. n. 270/1999 - che, a sua volta, fa riferimento espresso all'art. 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428 - è stato effettuato allo scopo di ribadire la possibile applicazione delle regole già presenti nella legge comunitaria anche nell'ipotesi in cui vi sia **continuazione** dell'attività e non vi sia stata, dunque, **cessazione**.

La regola generale che permetteva il perfezionamento di un accordo volto a flessibilizzare gli obblighi discendenti dall'art. 2112 c.c., a condizione, però, che non vi fosse stata continuazione dell'attività di impresa, o per essere questa cessata, trovava, quanto meno, un "contrappeso" nell'assunzione dell'obbligo, da parte del cessionario, del mantenimento dei livelli occupazionali, quanto meno per il periodo previsto nell'atto di vendita o comunque «... per almeno un biennio» (art. 63, secondo comma, D.Lgs. n. 270/1999), pur se con la possibilità per le parti, nell'ambito delle consultazioni, di limitare la vicenda traslativa ad alcuni lavoratori, previa individuazione di quelli eccedentari.

Il D.L. n. 134/2008 richiama, però, solo l'art. 63, comma quarto, del D.Lgs. n. 270/1999 al fine di riaffermare il principio, già presente nella legge comunitaria - ma limitato alle imprese che abbiano cessato l'attività o non l'abbiano continuata

- della possibilità per le parti interessate alla vicenda circolatoria di convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e la modifica delle condizioni di lavoro consentite dalle norme vigenti in materia, riconoscendo, però, al Commissario ed al cessionario identico potere anche ove le consultazioni si concludano «... infruttuosamente».

Merita, quindi, approfondire se la regolamentazione attuata, attraverso il richiamo all'art. 63, quarto comma, permetta di disciplinare la vicenda traslativa dell'azienda o di suoi rami in termini di legittimità o meno, alla stregua delle direttive comunitarie che regolano il relativo fenomeno, attesa la impossibilità di pervenire ad una diversa conclusione da quella prevista dall'art. 47, quinto comma, della legge n. 428/1990, nella parte in cui consente espressamente la deroga quante volte il trasferimento riguardi, però, imprese assoggettate ad una procedura concorsuale liquidatoria e per le quali non vi sia stata continuazione di attività, o perché questa risulti già cessata (29). La ipotizzata flessibilità, difatti, per quel che concerne il trasferimento e le limitazioni da esso discendenti, riguarda la diversa ipotesi di complessi aziendali non operativi, come risulta dimostrato dalla circostanza - tratteggiata dall'art. 47, quinto comma, della legge n. 428/1990 - che la dichiarazione dello stato di crisi, di cui all'art. 2, quinto comma, lett. c), della legge 12 agosto 1977, n. 175, deve precedere il perfezionamento della vicenda traslativa, e ciò anche nel caso della procedura concorsuale per la quale il requisito oggettivo dell'avvenuta cessazione dell'attività, o non continuazione, deve necessariamente ricorrere perché possa essere reso flessibile, a seguito del raggiunto accordo, il contenuto precettivo della norma.

Ne consegue, quindi, che trovando applicazione all'art. 47, quinto comma, della legge n. 428/1990, nei soli casi di

cessazione e non continuazione dell'attività, deve, per coerenza, giungersi alla conclusione che qualora la vicenda traslativa riguardi aziende in esercizio, nelle quali l'attività sia quindi proseguita, si avrà la continuazione di tutti i rapporti di lavoro esistenti al momento del trasferimento, indipendentemente dalla circostanza che, in relazione ad alcuni di essi, venga adottato un provvedimento di sospensione per l'accesso alla Cigs, o esista un accordo sindacale che lo preveda.

Conclusivamente, il fatto di essere l'imprenditore cedente assoggettato ad una procedura di insolvenza - seppur l'intitolazione della norma fa ancora riferimento alla crisi - con finalità non liquidatoria, in ragione della assicurata continuazione dell'attività, non può che portare a ritenere che l'organo commissariale non potrà attuare un trasferimento, incidendo sulla prosecuzione dei rapporti di lavoro, essendogli inibito ogni intervento sui livelli occupazionali e sulla garanzia del reddito, che l'ordinamento comunitario ha inteso assicurare.

La disciplina non è, pertanto, in linea, per le ragioni sin qui esposte, con le indicazioni derivanti dalla direttiva n. 50 del 1998 - ora confluita nella successiva n. 1/23/Cee del 12 marzo 2001 - che, nel modificare, sul punto, la disciplina della precedente direttiva n. 77 del 1987, ha reso possibile la conclusione di accordi, per la modifica delle condizioni di lavoro nell'ipotesi di trasferimenti attuati nell'ambito di una procedura di insolvenza, aperta allo scopo di realizzare la liquidazione del patrimonio del cedente, ed alla condizione

Note:

(28) Cass., 29 gennaio 1993, n. 1102, in *Not. giur. lav.*, 1993, 631; Cass., 5 marzo 1992, n. 2664, in *Orient. giur. lav.*, 1992, 746.

(29) Sul tema Caiafa, *La definizione e l'esecuzione del programma. I riparti*, in *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza dopo il D.Lgs. 12 settembre 2007*, n. 169, a cura di Costa, Torino, 2008, 587.

che si svolga sotto il controllo di una Autorità pubblica e che vi sia stata, però, cessazione e non continuazione dell'attività, presupponendo la flessibilizzazione degli obblighi derivanti dall'art. 2112 c.c. il verificarsi della condizione oggettiva di cui all'art. 47, quinto comma, della legge n. 428/1990, richiamata dall'art. 63, quarto comma, del D.Lgs. n. 270/1999, cui fa riferimento il comma 2 *ter* dell'art. 5 del D.L. n. 347/2003.

La disapplicazione degli obblighi derivanti dalla disciplina codicistica può ottenersi unica-

mente attraverso, però, la rinuncia ai relativi diritti da parte del personale dipendente e, quindi, non già nella forma della conciliazione o dell'accordo sindacale, essendo esclusa la possibilità per le parti sociali di vincolare i lavoratori non aderenti, in virtù del richiamato principio dell'autonomia contrattuale, che rende indispensabile la relativa verifica da parte dei diretti interessati.

Il mancato raggiungimento del previsto accordo, all'esito della fase di consultazione e di informazione di cui all'art. 47 della legge n. 428/1990, non

preclude la possibilità per il cessionario di concludere la vicenda traslativa dell'azienda, o del singolo ramo, rimanendo, però, in tal caso, questi obbligato ad assicurare la continuità giuridica dei rapporti di lavoro pregressi non risolti.

È difficile allo stato poter fare delle previsioni al riguardo; solo il contenzioso, difatti, che fosse instaurato, nell'ipotesi in cui la previsione normativa dovesse trovare attuazione, potrà dare una risposta diversa e più incoraggiante delle valutazioni offerte dell'emanoato provvedimento.